7

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR
DON DIEGO MESSIA de Ocampo, vezino de Merida.

Con Don Pedro Messia de Chaues.

AVNQVE por auerse dado otro papel en este articulo, y ser tan notoriamente justificada la pretension que tiene en el don Diego Messia de Ocampo, nos parecia que deuiamos escusarnos de cansar mas a V. m. todauia por mayor satisfacion de la parte, y por assegurar sucesso que tanto le importa, boluemos a su instancia a proponer breuemente los fundamentos siguientes de su justicia.

Resolucion cierta es que la razon de que en los terminos del capitulo tuam, de ordin. cognition. tratandose de la causa de legitimidad ante el Eclesiastico, y la de la sucession ante el seglar, se sobresee en esta, hasta que aquella se determine, consiste en que de la determinacion que hiziere el Iuez Eclesiastico, ha de resultar cosa juzgada que decida la controuersia de que se trata ante el secular, por dudarse en vn Tribunal de lo mismo que se cõtrouierte, y ha de determinarse en el otro, scilicet de la legitimidad, ò ilegitimidad de alguno de los litigantes. Tunc enim, porque no se encuentren las determinaciones: *Et diuersis processibus negotium intricetur, & confusione quadam iudicij ordo perturbetur*, vt rationem reddens decisionis affirmat his eisdem verbis Pontifex, in dict. cap. tuam, se espera a que la causa de la legitimidad, que es prejudicial, se determine por el Eclesiastico, antes que el

secular determine la de la sucessión, que passa ante el, fundandose los litigantes en las mismas causas de vencer, para excluyr ad inuicem sus pretensiones, Dom. D. Ioan. de Larrea, decis. 8. á n. 106. cum seqq.

Vnde siendo cierto que la causa en que se funda don Diego Messia de Ocampo para pedir que se le restituya este mayorazgo, y los bienes en que consiste, es solamente la de ser como es descendiéte legitimo del fundador, y no serlo don Pedro Messia de Chaues, y tener eleccion irreuoçable a la suya, sin que en la demanda que se refiere a la letra en el memorial grande, num. 41. a que ha de corresponder la sentencia, le aya opuesto defecto a su legitimidad, alegando solamente que descien de de legitimado por rescripto de el Principe: no pueden los señores Iuezes que han de determinar este pleyto, determinarlo por otra causa que la q̃ nominatim se especifica en la demauda, ex text. in l. si mater, §. denique, ff. de except. rei iudic. ibi: *Si quis autem fundum petat suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea ex alia causa petat causa adiecta, non debet sum noueri exceptione*, vbi Bartol. cap. Abbate sanè, §. cæterum, de sentent. & re iudic. lib. 6. & §. secus autem cum egit, ibi: *Secus autem est si certam, & specialem in sua petitione subiunxerit*, & §. præfatus igitur Cardinalis, ibi: *Videlicet quando ex certa, & expressa causa specialiter non est actum*, & vers. *Quia cum certæ causæ facta est mentio*, cap. fin. de caus. poss. & propr. iuncta glos. verbo, *alio iure*, l. 25. titul. 2. part. 3. Donell. lib. 2. comm. cap. 5. per tot. præcipuè in vers. *Non est satis ipsum peti.*

Imò aunque se pidiera este mayorazgo por las causas todas, porque puede pertenecer a don Diego Messia de Ocampo, y por las que excluyen de la sucessión del a don Pedro Messia de Chaues, y especialmente por la de ilegitimidad, y de no ser legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y no poder suceder los legitimados por subsiguiente matrimonio, no se prosiguiendo estas no pudiera

exten-

extenderse a ellas la determinacion, l. si ex testamento, vers. *Nec obstaturam ei exceptionem*, ff. de except. rei iudic. vbi summariũ Pauli Castrens. l. ait Prętor, §. si iudex, ff. de re iudic. l. quoties, C. de iudicijs, Cardinal. Tuschus, verbo, *sententia*, conclus. 135. num, 29. & 32. vbi plura iura allegat Surdo, cons. 212. nu. 16. Gregor. Lopez, in l. 25. tit. 2. part. 3. verbo, *non la puede*, ibi: *Intellige quando prosecutio fuit etiam generali*, Scaccia, de sentent. & re iudic. glos. 14. quæst. 15. num. 16. & quæst. 16. num. 27. Salgado 4 part. cap. 9. n. 8. 10. & 12. optimè Noguerol, alleg. 27. n. 48.

Porque en lo que el Actor no pide que se determine, y en las causas de pedir a que el Iuez no atiẽde en la determinacion que haze, no puede auer cosa juzgada, ni extenderse a ellas su sentencia, vt in l. si ex testamento 20 ff. de except. rei iudic. ibi: *Nec iudex in iudicio sensisset, nec Actor petere putasset*, l. pen. ff. eodem tit. ibi: *Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quæsitum nõ est*. Et ibi: *Nihil enim de suo iudicio de iure eius statutum videtur*, l. duobus, in fin. ff. eodem tit. ibi: *Eandem enim quæstionem reuocat in iudicium*, & facit text. in l. non est ferendus 12. ff. de transactionib. ibi: *Non improbe mihi dicturur videtur de eo duntaxat cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc nouerit scriptura contineretur*, l. si quis cum totum, ff. de except. rei iudic. ibi: *Et quidem ita definiri potest toties eandem rem agi, quoties apud iudicem posteriorem id quæritur, quod apud priorem quæsitum est*. Giurba, decis. 20 num. 5. Ioan. Zanger. de exceptionib. quæst. 3. cap. 17. nu. 28. & 46. Cuiaci. in com. ad edictum Pauli, libr. 70. tom. 1. pagin. 1560. Gratian. cap. 411 num. 26. & cap. 660. num. 21. Guzman, de euictionibus, quæst. 20. 30. 32. & seqq. Carrocio, except. 679. Franchis, decis. 298. Ceuallos, in tract. de cognit. per viam violent. Scaccia, de sententia & re iudic. glos. 14. quæst. 1. Camilo de Larata, consilio 1. num. 20. & 21.

Y supuesto que ni aqui, ni en el Consejo se le hã admi-

admitido á don Pedro, ni a su hijo prouanças, articulos, ni defensas, en razon de la ilegitimidad de don Alonso Messia, padre de don Diego, ni de la nulidad del matrimonio que contraxeron sus padres y abuelos, es impossible que sea excepcion prejudicial a este pleyto la de la ilegitimidad de q̃ en el no se trata, ni pueden hazer cõcepto della los señores Iuezes sin conocimiento de causa, ni auer oydo en quanto a ella a las partes plenamente, vt in Auth. de nouo iure, C. de relationib. ibi: *Nouo iure causa perfecta examinata, sententia terminetur*, l. ea quæ causa cognita, l. iudex 5. C. comminationes epistolas, ibi: *Iudex qui disceptationi locum dederat partium allegationes audire, & examinare debuit*, cap. iudicantem 30. quæst. 5. ibi: *Oportet cuncta rimari, & ordine in rerum plena inquisitione discutere*, l. nec omissa 15. C. de liberal. caus. ibi: *Ad probationem veri omnis iure prodita debet admitti probatio*, l. ne causas, C. de appellationib. ibi: *Quoniam verendum est, ne lis incognito negotio dirimatur adempta copia conquerendi*, l. vbi falsi 22. C. ad leg. Cornel. de falsis, ibi: *Argumentis, testibus, scripturarum collatione, alysque vestigys veritatis, &c.* Noguerol, allegat. 18. num. 48. & 50. Y los autos en que aqui y en el Consejo no se ha admitido prouança en razon de esto á don Pedro de Mendoza, y su hijo, memor. del articulo, fol. 13. num. 490. tienen implicita y virtual determinacion de que no puede aprouecharle esta alegaciõ, iuxta l. 4. tit. 6. lib. 4. Recopil. Ant. Consetus, verbo, *Iudex*, singular. 151. Salgad. part. 3. cap. 6. á num. 64. Mascardo, tom. 1. quęst. 17. numer. 34. Bald. in l. ad probationem, nu. 3. C. de probation. Paris. cons. 97. num. 131. Gratian cap. 805. num. 12 tom. 5. optimè D. D. Ioseph. Vela, dissert. 12. num. 4. Y de que necessariamẽte se ha determinar el pleyto con el supuesto de la cosa juzgada, que resulta de la executoria matrimonial que está presentada en el, ex regula iuris docente: *Quod vbi causæ cognitio non est ibi Prætor non desideratur*, l. vbicumque, ff. de regul. iur. Bald. in Auth. qui semel, C.

quo-

quomodo & quando iudex, numer. 24. Porque de otra manera oyerasceles dexandoles hazer prouãças en razon de la ilegitimidad; y assi está ya determinado que no se trata della, ni les importa verificarla; ea enim quę virtualiter in sententia comprehenduntur, habentur pro scriptis in ea, Salgado, part. 4. cap. 9. num. 150. & 151. Y por estarlo se han admitido a don Pedro Messia de Chaues, y a don Diego Antonio, y a don Alonso Messia su padre, en quiẽ cessa la razon de impugnarlos executoriales, negandose a don Pedro de Mendoza y su hijo hazerlas de lo contrario, siendo como fuera a no militar diuersa razon: desigualdad grande que no deue darse en los juyzios, ni accepcion de personas. Y seria manifiesta injusticia, contraria al derecho mismo natural, condenar a don Pedro, y su hijo sin admitirles sus defensas y prouanças, ni oyrles con efecto en quanto a ellas, iuxta dispositionem text. in cap. 1. de causa possess. versicul. *Nec nos contra inauditam*, Dom. Pichard. in §. sic itaque discretis, de act. num. 63. ibi: *Sed non posse iudicem de re in iudicio non tractata decernere*, Ossuald. ad Donel. lib. 26. commentar. cap. 4. littera A. vers. *Qui docent verum eius sensum esse*, Salgado, part. 2. c. 8 per tot. num. 90. cum sequentibus: vbi optimè resoluit, que solo en el caso de reconocerse que no tiene interesse, ni puede resultar vtilidad al litigãte de las alegaciones que haze, se le deniega justamente la audiencia, y defensas en quanto a ellas, como en este pleyto se ha hecho; ex eo quod exceptio tua non interest impuditiua est litis ingressus, vt tradunt Zanger. de exception. part. 3. cap. 20. num. 2. Iacob. Cancer. 1. part. cap. 18. nu. 16. & 17. Gratian. cap. 486. num. 7. & 8. tom. 3. Tuscho, conclus. 395. num. 5. & conclus. 394. nu. 28. & 29. verbo, *excepciones*, Ceuallos, de cognit. per viam violent. part. 2. cap. 8. numer. 90. 91. & 92. Borrell. in summa decis. tit. 50. num. 96. & 97. de litis contestatione. Vnde cessando la razon de el cap. tuam, por no tratarse en la Chancilleria de la

ilegitimidad, no se puede sobreseer, ni retardar la determinacion de el pleyto que està visto, y para determinarse en ella tanto tiempo ha; ex l. quoniam 4. ibi; *Ex quo criminalis quæstio quocumque modo cessauerit ciuilem causam, velut ex integro in iudicium deductum distingui*; id est, *finiri*, vt ibi interpretatur gloss. C. de ordine iudicior. Y mucho menos estando como està don Pedro en possession, y con executoria de legitimo, sin que contra ella se aya hecho alegacion alguna de parte de don Diego, como lo afirma el Relator en el memorial deste articulo, y en el de los poderes. quæ sint dicta. Salva, &c.

El Licenciado Pedro Calvo Ossorio.